

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



Liberdade de estabelecimento e planeamento fiscal

A transferência de sede de sociedades na União Europeia

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

Orientador: Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira

Mestranda: Catarina Maria Campos Ferreira

Porto, 2011

Agradeco

A toda a minha família, em especial aos meus pais e irmãos, por tudo.

Ao meu orientador Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira, todo o ensinamento e disponibilidade.

A todos os meus Amigos e Colegas, todo o apoio e incentivo.

Aos professores da UCP que tanto me ensinaram e aos funcionários da mesma casa

ÍNDICE

Introdução.....	4
Capítulo I A liberdade de estabelecimento como pilar fundamental da União EU	
1. Definição. Âmbito de protecção e aplicação.....	6
2. Objectivos. Repercussão da liberdade de estabelecimento da configuração das normas tributárias.....	9
Capítulo II Liberdade de estabelecimento e planeamento fiscal	
1. A liberdade de estabelecimento como instrumento de planeamento fiscal.....	11
Capítulo III A localização das sociedades como factor de planeamento fiscal	
1. A residência das sociedades.....	14
CAPÍTULO IV Transferência de sede de sociedades no espaço europeu	
1. Introdução.....	17
2. Direito de entrada.....	19
3. Direito de saída.....	21
3.1. Imposto de saída (<i>Exit Tax</i>).....	27
3.1.1. Regime normativo vigente: arts. 83.º a 85.º CIRC.....	28
3.1.2. Imposto de saída e Direito Europeu.....	31
3.1.3. Conformidade do imposto de saída português com o Direito Europeu.....	35
Conclusões.....	38
Bibliografia.....	41

Introdução

A presente dissertação tem como objecto de estudo a liberdade de estabelecimento, enquanto liberdade fundamental e a possibilidade da sua utilização como instrumento de planeamento fiscal, a nível europeu.

Iremos centrar-nos na liberdade de estabelecimento aplicável às pessoas colectivas, mais especificamente às sociedades. Não trataremos, portanto, da aplicação desta liberdade às pessoas singulares, embora por vez tenhamos que fazer referência a elas, desde logo porque o Direito Europeu Primário consagra o princípio da equiparação das pessoas colectivas às pessoas singulares, para efeitos de aplicação da liberdade de estabelecimento.

A liberdade de estabelecimento abrange um conjunto muito vasto de faculdades de grande relevo e interesse para efeitos de elaboração do planeamento fiscal das sociedades. De facto, tendo em conta o fenómeno de crescente internacionalização das empresas, é fundamental que se proceda a um planeamento fiscal cuidadoso, aprofundado e abrangente que tenha em conta o quadro jurídico-tributário europeu.

Na presente tese abordaremos em especial e detalhadamente uma das múltiplas manifestações da liberdade fundamental em questão: a transferência transfronteiriça de sede de sociedades na União Europeia. Tal operação é susceptível de gerar relevantes consequências na tributação das sociedades, pelo que assume grande interesse e utilidade o estudo das suas possibilidades de concretização. O estudo reflexivo da operação será feito tendo em conta essencialmente dois planos, que vão sendo contrapostos ao longo do trabalho: o Direito Tributário Interno e o Direito Europeu. Pontualmente, a operação será considerada na perspectiva do Direito Tributário Internacional.

Dividimos a tese em quatro partes principais.

No Capítulo I analisaremos o conteúdo da liberdade de estabelecimento, o modo como se procede à sua densificação e as respectivas consequências nas normas tributárias internas.

No Capítulo II abordaremos a liberdade de estabelecimento como instrumento de planeamento fiscal legítimo e abusivo.

O Capítulo III centra-se na importância da localização das sociedades, maxime, do local da sua residência, para efeitos de tributação.

No Capítulo IV é explorada, de forma aprofundada, a operação de transferência de sede de sociedades, na União Europeia, atendendo aos vários entraves (jurídico-societários e tributários) que a mesma levante, procedendo-se à indicação de soluções para alguns deles.

Capítulo I

A liberdade de estabelecimento como pilar fundamental da UE

1. Definição. Âmbito de protecção e aplicação

A liberdade de estabelecimento, enquanto liberdade fundamental da União Europeia (UE), encontra-se consagrada no Capítulo II do Título IV do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e pode ser vista como uma das dimensões mais significativas da liberdade de circulação de pessoas.

Para este estudo interessa atentar, sobretudo, no conteúdo dos arts. 49.º e 54.º TFUE, uma vez que é neles que encontramos as linhas gerais definitórias da liberdade de estabelecimento das pessoas colectivas, mais propriamente das sociedades, no sentido em que aparecem descritas no art. 54.º TFUE.

Embora a epígrafe do Capítulo II veicule a expressão “direito de estabelecimento”, afigurasse-nos mais apropriada a utilização da expressão “liberdade de estabelecimento”, porquanto fazem parte do âmbito desta liberdade, não apenas faculdades e direitos subjectivos que se reconhecem directamente aos sujeitos da mesma, mas, mais amplamente, um conjunto de objectivos a concretizar a médio e longo prazo pelos Estados-Membros¹, o qual é uma peça fundamental na construção plena do mercado interno. Deste ponto de vista, a liberdade de estabelecimento aproxima-se mais da noção de princípio do que de regra.

Destarte, o art. 49.º TFUE reconhece alguns “direitos de estabelecimento”. Às pessoas singulares, nacionais de um Estado-membro é reconhecido “o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício”, “a constituição e a gestão de empresas [no território de outro Estado-Membro]... nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais” (direito de estabelecimento primário) e a “constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro”, sem restrições (direito de estabelecimento secundário). Às pessoas colectivas, mais especificamente às

¹ Da leitura dos arts. 50.º e 53.º TFUE constata-se o conteúdo programático dos mesmos.

sociedades que satisfaçam os requisitos previstos no art. 54.º TFUE² reconhece-se o direito de “constituição de agências, sucursais ou filiais” no território de Estado-membro diverso daquele onde se situa a sede da sociedade. Tal resulta da equiparação que é feita no § 1 do art. 54.º TFUE entre sociedades e pessoas singulares para efeitos de liberdade de estabelecimento.

Uma leitura literal do art. 49.º TFUE leva-nos a considerar que da liberdade de estabelecimento faz parte um elenco limitado de faculdades, o que não corresponde à realidade. Na verdade, a esfera de protecção desta liberdade estende-se muito para além de tal elenco, sendo tal facto confirmado pela ampla jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o qual tem sido o protagonista na densificação do conteúdo desta liberdade. De facto, são proibidos os entraves não só à constituição (como parece fazer crer o teor do art. em causa) mas também ao exercício da actividade de empresas, sucursais, filiais, criados tanto pelo Estado de acolhimento (Estado de estabelecimento) como pelo Estado de origem dos sujeitos titulares da liberdade³.

Assim, são vários os domínios em que a liberdade de estabelecimento se manifesta e conforma. Por exemplo, apesar de não referido no TFUE, a liberdade de estabelecimento primário pode ser exercida (mesmo por sociedades) através da participação na constituição de uma sociedade de outro Estado-Membro⁴ ou pela participação no capital de uma sociedade de outro Estado-membro, desde que essa participação confira ao sujeito “uma influência efectiva sobre as decisões dessa sociedade e lhe permite determinar as respectivas actividades”⁵.

Paralelamente, também a liberdade de estabelecimento secundário pode ser exercida para além das formas expressamente previstas no TFUE, como por exemplo, através de estabelecimento estável⁶, sendo proibidos os tratamentos discriminatórios

² São eles: a) ser sociedade de direito civil ou comercial, sociedade cooperativa ou pessoa colectiva de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos; b) estar constituída conforme a legislação de um Estado-Membro; c) ter a sede social, administração central ou estabelecimento principal na União.

A residência das sociedades (com a amplitude de c)) é, à semelhança da nacionalidade para as pessoas singulares, factor de conexão das mesmas a um Estado. Neste sentido, cfr. § 18 do Ac. TJ de 29.01.1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83

³ Neste sentido, cfr. § 19 Ac. TJ de 15.05.2008, *Lidl Belgium*, C-414/06.

⁴ Neste sentido, cfr. § 17 Ac. TJ de 27.09.1988, *Daily Mail*, C-81/87.

⁵ Cfr. § 52 Ac. TJ de 19.11.2009, *Filipiak*, C-314/08.

⁶ Neste sentido, cfr. § 15 e 20 Ac. TJ de 15.05.2008, *Lidl Belgium*, C-414/06.

entre as várias formas de estabelecimento secundário (princípio da neutralidade da forma jurídica)⁷.

Uma outra faculdade não directamente reconhecida no TFUE prende-se com a transferência da sede das sociedades de um Estado-Membro para outro (temática que será abordada mais aprofundadamente ao longo do trabalho). Tal possibilidade não consubstancia a criação de uma sociedade ou de uma forma de estabelecimento secundário, contudo é permitida em alguns casos, em prol da maior flexibilização na mobilidade das empresas no seio da EU, que é um dos objectivos da liberdade de estabelecimento⁸.

Importa salientar que os direitos conferidos pela liberdade de estabelecimento têm efeito directo e são incondicionais para os seus beneficiários, não podendo um Estado-Membro torná-los dependentes do conteúdo de uma convenção celebrada com outro Estado ou de uma condição de reciprocidade⁹.

Quanto ao âmbito territorial de aplicação da liberdade de estabelecimento, importa referir que o mesmo se circunscreve às situações transnacionais, no seio da UE, isto é, a situações plurilocalizadas, em que os Estados de origem e de acolhimento são Estados-Membros diferentes¹⁰. Ficam assim, fora deste âmbito de protecção as situações puramente internas, salvo aquelas que são reguladas por normas internas que remetem para disposições do Direito da União¹¹.

Na jurisprudência do TJUE, mesmo no âmbito da fiscalidade directa, tem sido pacificamente acolhida a definição de estabelecimento presente em *Factortame*¹², a qual se baseia em três elementos essenciais: a) “prossecução efectiva de uma actividade

⁷ Neste sentido, explicita o § 22 Ac. TJ de 29.01.1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83: “... a segunda frase do primeiro parágrafo do artigo 52.º, dá expressamente aos operadores económicos a possibilidade de escolherem livremente a forma jurídica adequada para o exercício das suas actividades em um outro Estado-membro, esta livre escolha não deve ser limitada por disposições fiscais discriminatórias.”

⁸ Para uma análise, ainda que sucinta, de alguns domínios fiscais conformados pela liberdade de estabelecimento, vide NOGUEIRA, João Félix, “Comentario a los artículos sobre la “Libertad de Establecimiento” en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, in: Juan Lopez Rodriguez (coord.), *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario*, 2011, *mimeo*, pp. 15 a 22.

⁹ Cfr. §26 Ac. TJ de 29.01.1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83.

¹⁰ Fica ressalvada, no entanto, a eficácia extraterritorial parcial da liberdade de estabelecimento. Cfr. art.º 199.º n.º 5 TFUE e art. 31.º Acordo sobre o Espaço Económico Europeu. Sobre esta questão, vide NOGUEIRA, João Félix, “Comentario...”, cit., *mimeo*, pp. 5-6.

¹¹ O § 33 do Ac. TJ de 20.05.2020, *Zwijnenburg*, C-352/08 realça a importância da interpretação uniforme das disposições e conceitos contidos no Direito da União.

¹² Cfr. § 20 Ac. TJ de 25.07.1991, *Factortame e O.*, C-221/89. Em concreto, no domínio fiscal, vide § 54 Ac. TJ de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C- 196/04.

económica”; b) “através de uma instalação estável noutro Estado-membro”; c) “por um período indefinido”.

2. Objectivos. Repercussão da liberdade de estabelecimento na configuração das normas tributárias

A criação de um mercado interno enquanto espaço sem fronteiras internas à livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais¹³ só é possível através da existência efectiva de liberdade de estabelecimento, assumindo-se esta como dimensão fundamental daquele.

Assim, esta liberdade visa remover os entraves jurídicos à actividade económica transnacional, promover a “interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das actividades não assalariadas”¹⁴, fomentando, deste modo, as trocas comerciais e a concorrência e competitividade. Pretende-se que os agentes europeus (cidadãos e empresas) possam participar “de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem”¹⁵. Para a consecução destes objectivos a liberdade de estabelecimento atribui directamente direitos aos beneficiários. No entanto, fá-lo através de normas abertas, cujo conteúdo vai ser concretizado, em grande medida pelo TJUE¹⁶. Daí que, a liberdade de estabelecimento tenha, muitas vezes, repercussões inesperadas em normas internas.

De facto, apesar das disposições do TFUE relativas à liberdade de estabelecimento não conterem referências especificamente tributárias, a densificação da mesma tem, muitas vezes, consequências relevantes nos sistemas tributários internos, despoletando a alteração de normas e comprimindo, assim, a soberania fiscal dos Estados-membros. Tal acontece quando as normas tributárias internas, nomeadamente as normas anti-abuso são formuladas, restringindo direitos fundamentais previstos no

¹³ Cfr. art. 26.º TFUE.

¹⁴ Cfr. § 53 Ac. TJ de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C- 196/04.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Comparando o Direito Comunitário com o Direito Constitucional quanto à prevalência, efeito directo e modo de concretização dos direitos neles previstos, vide SANCHES, J. L., *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 269 e ss. e 384 e ss.

TFUE, nomeadamente a liberdade de estabelecimento¹⁷. É que “...embora a fiscalidade directa releve da competência dos Estados-Membros, também é verdade que estes últimos devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário...”¹⁸. Consequentemente, a jurisprudência do TJ em matéria de liberdades fundamentais limita negativamente a liberdade de regulação tributária dos Estados-Membros e conduz a uma harmonização que deveria ser operada pelo Direito Comunitário derivado¹⁹.

Quando uma norma interna viola a liberdade de estabelecimento, está-se normalmente perante uma discriminação, apesar de a letra do art. 49.º TFUE proibir as “restrições” e não as discriminações. Assim, a norma interna ou prevê um tratamento diferenciado (substancial ou procedimental) entre duas categorias de situações ou sujeitos comparáveis, com base na nacionalidade²⁰, residência (ou outro critério que leve ao mesmo resultado) ou prevê o mesmo tratamento para situações ou sujeitos não comparáveis²¹. Destarte, o Estado de acolhimento não pode tratar de forma diferente as filiais ou empresas nele residentes, conforme o Estado em que se situa o domicílio das sociedades-mães ou dos detentores do capital, respectivamente. Paralelamente, o Estado de origem não pode ditar tratamentos diferenciados às sociedades nele residentes, conforme o Estado em que elas pretendam investir, exercendo direitos de estabelecimento. Existem ainda casos em que as normas internas violam a liberdade de estabelecimento por via de restrições, ou seja, normas que embora não corporizem uma discriminação, proíbem, perturbam ou tornam menos atractivo o exercício da mesma²². De notar ainda que são consideradas as violações reais ou potenciais²³ à liberdade e que não basta a verificação das mesmas para que seja declarada a incompatibilidade da

¹⁷ A desconsideração dos sistemas tributários internos pelas liberdades fundamentais, a que não raras vezes assistimos, tem que ver com a perspectiva nacional com base na qual foram construídos e com a cultura das Administrações fiscais. Sobre esta questão, vide SANCHES, J. L., “Os limites...”, cit., pp. 265, 271 e 372.

¹⁸ Excerto do § 16 Ac. TJ de 11.08.1995, *Wielockx*, C-80/94, que traduz uma afirmação recorrente na jurisprudência do TJ em matéria de averiguação de compatibilidade de normas internas com as liberdades fundamentais J.

¹⁹ Cfr. art. 50.º n.º 1 TFUE.

²⁰ Cfr. art. 18.º TFUE.

²¹ Neste sentido, cfr. § 30 Ac. TJ de 14.02.1995, *Schumacker*, C-279/93.

A verificação pelo TJ da existência ou não de discriminação é feita com elevado casuísmo, não sendo possível detectar critérios bem definidos para a consideração de duas situações ou pessoas como sendo “comparáveis”.

²² Neste sentido, cfr. § 19 Ac. TJ de 4.12.2008, *Jobra*, C-330/07; §11 Ac. TJ de 05.10.2004, *CaixaBank France*, C- 442/02.

²³ Cfr. § 42Ac. TJ de 18.07.2007, *Oy AA*, C-231/05.

norma em análise com a liberdade, uma vez que a mesma ainda está sujeita aos testes de justificação e proporcionalidade²⁴.

Capítulo II

Liberdade de estabelecimento e planeamento fiscal

1. A liberdade de estabelecimento como instrumento de planeamento fiscal

No exercício de uma actividade económica, a tributação do lucro representa um factor da maior relevância a ser considerado pelo sujeito passivo aquando da análise das possibilidades de optimização do seu negócio e dos proveitos dele resultantes. Para servir este propósito o planeamento fiscal tem um papel fundamental, viabilizando a descoberta de soluções que permitem uma maior poupança fiscal. Para alcançar eficazmente este objectivo é essencial o conhecimento e domínio do ordenamento tributário em que o sujeito passivo se movimenta.

Numa economia cada vez mais globalizada em que as fronteiras territoriais se tornam progressivamente menos perceptíveis numa perspectiva de mercado e trocas comerciais, já não se pode, ou pelo menos não se deve, numa óptica de racionalidade empresarial, desconsiderar o espaço jurídico-tributário exterior. Aliás, tal facto vai de encontro às finalidades de criação de um mercado único. De facto, o Direito da UE, originário e derivado contém um programa normativo impregnado de faculdades atraentes para a engenharia fiscal, designadamente os direitos conferidos pela liberdade de estabelecimento. Uma sociedade tem o direito de escolher o Estado onde quer iniciar ou continuar o exercício da sua actividade, conforme o que lhe for mais conveniente e eficiente²⁵, inclusive do ponto de vista fiscal. As diferenças entre os sistemas tributários

²⁴ No âmbito deste exame jurisprudencial, NOGUEIRA constata um raciocínio do TJ estruturado em 4 momentos típicos: a) determinação da liberdade fundamental afectada; b) aferição da ingerência à liberdade fundamental; c) averiguação da existência de uma causa de justificação; d) controlo da proporcionalidade. – NOGUEIRA, João, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade – a proporcionalidade como critério central de compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, passim; NOGUEIRA, João, “Comentário...”, cit., *mimeo*, pp. 8 a 14.

²⁵ Neste sentido, cfr. SANCHES, J. L., *Os limites...*, cit., p. 311.

na UE, nomeadamente ao nível das taxas, levam inevitavelmente à concorrência entre os Estados-Membros e ao fenómeno de “law-shopping”, influenciando as sociedades na escolha da localização das suas actividades. Não obstante, tal concorrência tem que ser aceite enquanto não houver harmonização na tributação das sociedades na UE²⁶. A concorrência fiscal, ainda que prejudicial, não pode justificar “medidas unilaterais [criadas pelos Estados-Membros] destinadas a combater os respectivos efeitos, em violação das liberdades de circulação”²⁷, devendo antes ser travada através de procedimentos judiciais ou políticos adequados²⁸.

Contudo, a liberdade de estabelecimento não pode ser invocada abusiva ou fraudulentamente, isto é, com o intuito de ladear a legislação nacional normalmente aplicável a certa situação, obtendo-se, dessa forma, vantagens ilegítimas e não cumprindo o objectivo da liberdade²⁹. É, por isso, legítimo que os Estados-Membros adoptem medidas (anti-abuso) destinadas a prevenir a evasão fiscal e o planeamento fiscal internacional/europeu abusivo³⁰, protegendo as suas bases tributárias da erosão indevidamente causada por aqueles.

Paralelamente, há que assegurar que tais medidas não restringem indevidamente as liberdades fundamentais, devendo dirigir-se apenas às situações de abuso, na linguagem do TJ, aos “expedientes puramente artificiais” e não a um âmbito mais alargado, procurando essencialmente impedir a diminuição de receitas fiscais, objectivo não válido de acordo com a jurisprudência constante do TJ³¹. As medidas em causa devem, assim, ser proporcionais ao objectivo visado, sendo proibidas as presunções gerais inilidíveis e as normas automáticas. A utilização de “expedientes puramente artificiais” depende da existência de um elemento subjectivo, traduzido na intenção de

²⁶ Neste sentido, cfr. VINTHER, Nikolaj e WERLAUFF, Erik, “Tax Motives are Legal Motives – The Borderline between the Use and Abuse of the Freedom of Establishment with Reference to the *Cadbury Schweppes Case*”, *European Taxation*, Vol. 46, n.º 8, Agosto 2006 pp. 385-386.

²⁷ Parafraseando parte do §58 Conclusões do Advogado-Geral Phillipe LÉGER de 02.05.2006, no caso *Cadbury Schweppes*, C- 196/04. Vide também § 56 e 57 das referidas Conclusões.

²⁸ Por exemplo, quanto a auxílios de Estado incompatíveis com o mercado único e que provocam uma concorrência fiscal prejudicial, regem os arts. 107.º e ss. TFUE.

²⁹ Neste sentido, § 25 Ac. TJ de 21.11.2002, *X e Y*, C- 436/00.

³⁰ Para o desenvolvimento destes conceitos, cfr. SANCHES, J. L., *Os limites...*, cit., pp. 21 e ss.; MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado: Controlled Foreign Companies, O art. 60.º do C.I.R.C.*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2005, p. 159 e ss. e 191 e ss, entre outros.

³¹ Neste sentido, cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, de 10.12.07, “A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros”, COM (2007) 785 final, p. 6; § 49 e 51 Ac. TJ de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C- 196/04.

obter uma vantagem fiscal ilegítima, eludindo o imposto normalmente devido e de um elemento objectivo que comprove que, apesar do respeito formal dos requisitos estabelecidos pela liberdade de estabelecimento, o objectivo prosseguido por esta não foi alcançado. O segundo elemento aparece associado à ausência de realidade económica ou suporte comercial das operações e de implantação real com vista à realização de actividades económicas efectivas no Estado de acolhimento³².

Assim, o recurso às faculdades decorrentes da liberdade de estabelecimento, como a criação de uma subsidiária num Estado-Membro diferente do da sociedade-mãe não pode desencadear uma presunção geral de abuso. A transnacionalidade das operações não pode ser vista como índice de evasão fiscal. O exercício da liberdade de estabelecimento pode legitimamente ser motivado por considerações fiscais e tal facto não pode, de per si, ser entendido como abusivo³³. De facto, a redução da carga fiscal através do exercício efectivo da liberdade de estabelecimento é uma vantagem que decorre desse mesmo exercício³⁴.

Da análise da jurisprudência do TJ denota-se que não existe uma corrente sólida e uniforme acerca do planeamento fiscal abusivo, designadamente na área das liberdades fundamentais. Todavia, desde sempre o TJ demonstrou a sua reprovação por tal fenómeno, sendo que a evolução da sua postura face a tal questão foi acompanhando a progressiva integração económica europeia e a crescente promoção de um mercado único. Inicialmente, pouco interferindo na formulação das normas internas de cada Estado-Membro que impediavam as práticas fiscais abusivas (com um cunho marcadamente nacionalista e proteccionista)³⁵, começou, depois, a aumentar o grau de exigência das mesmas, de forma a melhor se concatenarem com o Direito da UE, e no que concerne ao nosso objecto de estudo, com a liberdade de estabelecimento. Tal como já afirmamos no Capítulo anterior, a densificação deste conceito tem vindo a ter consequências na configuração de normas internas anti-abuso. Simultaneamente,

³² Cfr. § 64-66 Ac. TJ de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C- 196/04 e § 74 e 83 Ac. TJ de 13.03.07, *Thin Cap Group Litigation*, C- 524/04.

³³ Neste sentido, vide VINTHER, Nikolaj e WERLAUFF, Erik, “Tax Motives are Legal Motives...”, cit., p. 384; § 51 Conclusões do Advogado-Geral Phillipe LÉGER de 02.05.2006, no caso *Cadbury Schweppes*, C- 196/04.

³⁴ Neste sentido, vide NOGUEIRA, João Félix, “Abuso de Direito em Fiscalidade Directa: A Emergência de Um Novo Operador Jurisprudencial Comunitário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009, p. 275

³⁵ Por exemplo, no caso *Daily Mail*, Ac. TJ de 27.09.88, C-81/87, o tribunal limitou-se a subscrever o direito do Reino Unido à manutenção de uma norma interna desse tipo. Tal caso será analisado mais detalhadamente adiante.

procede-se à delimitação do direito ao planeamento fiscal, a qual tem sido feita pelo TJ recorrendo crescentemente ao expediente “abuso”, identificado muitas vezes, e mais recentemente, com a expressão “expedientes puramente artificiais”. Tal expediente não se confunde com o conceito de “abuso do direito” vigente nos sistemas jurídicos internos. Antes possui uma autonomia própria, cujo teor encontra-se ainda em processo de sedimentação mas, conta já com uma certa substância cujos contornos gerais foram já explicitados acima³⁶.

Tendo em vista a clarificação dos limites do planeamento fiscal feito com base na liberdade de estabelecimento é necessário que os Estados-Membros procedam a uma revisão das suas normas internas, no sentido da sua conciliação com as orientações jurisprudenciais do TJ em matéria de liberdade de estabelecimento. Na realização dessa tarefa, pensa-se que seria vantajoso que os Estados-Membros adoptassem definições semelhantes de “abuso”, obtendo-se, desta forma, uma certa harmonização na aplicação das normas anti-abuso. Além disso, o desenvolvimento da cooperação administrativa entre os Estados-Membros (intercâmbio de informações, assistência), com vista à detecção mais rápida e eficaz de esquemas fiscais abusivos contribuiria para o combate ao planeamento fiscal ilícito, no seio da EU e para a consequente melhoria da eficiência dos sistemas tributários europeus³⁷.

Capítulo III

A localização das sociedades como factor de planeamento fiscal

1. A residência das sociedades

De entre as diversas variáveis a ter em conta pelo estratega fiscal, a localização geográfica da sociedade, sujeito passivo de imposto, assume uma importância fulcral. De facto, a residência das pessoas colectivas é um dos elementos de conexão utilizados

³⁶ Concordamos com NOGUEIRA, João quando conduz a proibição de abuso à categoria de operador jurisprudencial e não a verdadeiro princípio de direito comunitário - NOGUEIRA, João Félix, “Abuso de Direito...”, cit., p. 282 e ss. Em sentido contrário, cfr. FERIA, Rita de la, “Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax”, *Common Market Law Review*, Vol. 45, n.º 2, 2008.

³⁷ Neste sentido, cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, de 10.12.07, COM (2007) 785 final, cit. p. 10.

pelas normas tributárias de conflitos, por via do qual se estabelece uma relação entre as pessoas localizadas em certo território e o ordenamento fiscal desse território, legitimando o respectivo Estado a tributar tais pessoas com uma certa amplitude. Acontece que, em grande parte dos sistemas tributários europeus, a conexão residência aparece associada ao princípio da universalidade (*world-wide-income principle*), o qual consagra a tributação ilimitada dos rendimentos (de fonte interna e externa) do sujeito passivo, conferindo extensão extra-territorial à lei interna³⁸.

A residência fiscal das sociedades pode ser estabelecida com base em vários critérios³⁹, sendo que em Portugal existem duas conexões alternativas: sede estatutária ou direcção efectiva⁴⁰. A sede estatutária é o local que figura como tal no contrato da sociedade, sendo um critério formal. A direcção efectiva é um critério material que procura combater abusos a que o critério anterior pode dar lugar. A definição deste critério é difícil, sendo inúmeras, e por vezes contraditórias, as propostas para a sua determinação. Ora é identificado com o local em que se reúne o órgão central de administração da empresa, o local onde são tomadas as decisões comerciais e de gestão mais importantes, ora é identificado com o “escritório principal”, a “sede administrativa”, o “local da administração corrente”⁴¹, sendo sempre necessária a análise do caso concreto.

A decisão de alteração da residência fiscal de uma sociedade pode servir o objectivo de obtenção de poupança fiscal. Neste contexto, é necessário ter em conta que a alteração geográfica da residência da sociedade pode resultar em situações de dupla residência, decorrentes da não coincidência dos critérios de conexão ou do conteúdo do mesmo critério de conexão utilizados pelos vários Estados ou do recurso a múltiplos critérios de conexão, legitimando diferentes Estados a tributarem a mesma sociedade, com base na sua residência.

³⁸ Assim acontece no sistema fiscal português - cfr. art. 4.º n.º 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC). Contrariamente, em França vigora o princípio da territorialidade quanto a tributação das pessoas colectivas residentes. – cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, 2007, p.232.

³⁹ Exemplificando alguns destes critérios, vide MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de lucros...*, cit., p. 296.

⁴⁰ Cfr. art. 4.º n.º 3 do CIRC.

⁴¹ Não cabe no nosso objecto de estudo o aprofundamento desta questão. Sobre a mesma, vide MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de lucros...*, cit., pp. 301 e ss.; “Comentários ao art. 4.º do MOCDE”, in: *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património - Versão Condensada* - Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 197, pp. 122 e ss.; OCDE, “The impact of the communications revolution on the application of place of effective management as a tie-breaker rule”, (2001).

Não existindo convenção sobre dupla tributação (CDT) entre os Estados envolvidos, a sociedade será tributada nos mesmos, podendo apenas mitigar ou eliminar a múltipla tributação de que é alvo, nos termos das eventuais normas unilaterais existentes em matéria de dupla tributação jurídica internacional.

Se existir uma CDT entre os Estados envolvidos que, nomeadamente, siga o enunciado da Convenção Modelo (CM) OCDE, o conflito positivo de residências é resolvido pela tie-breaker rule que determina a prevalência da direcção efectiva⁴².

A residência das sociedades também releva quanto ao âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento, bastando-se o art. 54.º TFUE com a localização da “sede social” (sede estatutária), “administração central” (sede efectiva) ou “estabelecimento principal” das mesmas num Estado-Membro.

O elemento de conexão residência é variável, susceptível de variação no tempo e no espaço. Ora, tal possibilidade de deslocalização pode servir as finalidades de planeamento fiscal, tanto na vertente lícita como ilícita, atraindo a aplicação de um sistema tributário mais favorável.

O investidor internacional tem liberdade para escolher o local de residência da sua empresa, devendo para isso, analisar e ponderar os diferentes regimes tributários e vantagens proporcionadas pelos mesmos e os critérios de residência fiscal que cada um consagra. O investidor tem ainda a liberdade de escolher do local para continuar o exercício da sua actividade. Para tal, ele pode escolher o local de estabelecimento de uma filial, sucursal ou outra forma de estabelecimento secundário. A possibilidade de alterar a residência do estabelecimento principal de um Estado para outro é, todavia, mais complicada.

Passemos agora à análise dos possíveis obstáculos erigidos pelos Estados a uma operação de transferência transfronteiriça da sede das sociedades.

⁴² Cfr. art. 4.º n.º 3 da Convenção.

Capítulo IV

Transferência de sede de sociedades no espaço europeu

1. Introdução

Tendo em conta o panorama europeu, existem, de facto, múltiplos entraves a uma operação de transferência de sede (estatutária e/ou efectiva) de uma sociedade de um Estado-Membro para outro.

Levantam-se obstáculos de natureza fiscal, mais propriamente os chamados “impostos de saída” ou *exit taxes*, os quais abordaremos detalhadamente mais à frente.

Ocorrem simultaneamente obstáculos de natureza jurídico-societária. A nível de determinação da lei pessoal societária⁴³ aplicável às sociedades existem essencialmente dois modelos: a Teoria da incorporação (*Incorporation theory*) e a Teoria da sede efectiva (*Real seat theory*)⁴⁴. De acordo com a primeira, a lei societária que rege uma sociedade é a do Estado da sua constituição e registo (Estado de incorporação), independentemente da localização da sua sede efectiva. À luz desta teoria, é permitida a transferência da direcção efectiva da sociedade para o exterior, mantendo-se a mesma sob a égide da lei do Estado de incorporação. Contudo, não é possível ou é muito difícil a emigração da sede estatutária, por se quebrar, desse modo, a conexão da sociedade à sua lei pessoal. Os Estados seguidores desta vertente reconhecem, sem dificuldades, as sociedades constituídas conforme leis estrangeiras. A Teoria da sede efectiva exige que as sedes estatutária e efectiva se situem no Estado de incorporação para que a sociedade seja sujeito da lei desse Estado⁴⁵. Não permite a transferência de qualquer das sedes, sob pena de perder a sua personalidade jurídica⁴⁶. Paralelamente, os Estados que seguem esta teoria, geralmente, não reconhecem às sociedades constituídas de acordo com a lei

⁴³ Cfr. art.º 33.º n.º 2 do Código Civil (CC).

⁴⁴ Para uma análise detalhada das duas teorias, cfr. PANAYI, Christiana, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths”, *Yearbook of European Law*, vol. 28, 2009, pp.123-134.

⁴⁵ A justificação deste regime baseia-se, alegadamente, no combate ao contorno fraudulento da lei societária do Estado onde se situa a direcção efectiva da sociedade e na protecção de interesses dos trabalhadores e credores da mesma.

⁴⁶ É notório que o objectivo de impedir a deslocação de receitas fiscais para o exterior não é alheio a este regime, tal como não o é quanto aos Estados que seguem a teoria da incorporação. Por exemplo, o Reino Unido, tradicional seguidor desta última teoria, estabeleceu desde O *Finance Act* de 1988 que as sociedades constituídas segundo a sua lei são aí residentes, para efeitos fiscais.

de outros Estados, o direito de exercerem uma actividade económica no seu território e de aí possuírem a sua sede efectiva, sob o pretexto de a lei estrangeira poder desconsiderar interesses juridicamente relevantes e protegidos pela sua lei.

De salientar que actualmente a maioria dos Estados seguidores da Teoria da sede efectiva preconizam-na em termos mitigados, dando mais relevância à sede estatutária, especialmente em prol da protecção de expectativas de terceiros, quando ocorre divergência na localização dos dois tipos de sede⁴⁷. Assim acontece no nosso ordenamento, em que uma “sociedade que tenha em Portugal a sede estatutária não pode, contudo, opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa”⁴⁸. Concomitantemente, admite-se a transferência da sede efectiva das sociedades de e para Portugal, não se dissolvendo as mesmas e mantendo a sua personalidade jurídica, se nisso convier a lei estrangeira⁴⁹, e sujeição à lei do Estado onde se situa a sede estatutária, devido à presunção de coincidência desta com aquela⁵⁰.

Outros Estados-Membros permitem a transferência de sede de sociedades. No entanto, submetem tal operação a requisitos muito diferentes entre si. Existem ainda outros Estados que não prevêm sequer tal possibilidade. Tendo em conta que tal questão não se encontra harmonizada a nível europeu⁵¹, acabam por ser as normas de conflito de cada Estado-Membro a decidi-la. Consequentemente, tal operação mostra-se, em muitos casos, inexecutável, ressaltando, assim, as divergências entre as legislações dos Estados-Membros, sendo umas mais restritivas do que outras nesta forma específica de exercício da liberdade de estabelecimento.

⁴⁷ É que a localização da sede efectiva é um factor cada vez mais difícil de controlar, especialmente com as crescentes facilidades de comunicação, sendo muito provável a ocorrência de tal divergência.

⁴⁸ Art. 3.º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

⁴⁹ Arts. 3.º n.ºs 2, 4 e 5 CSC e 33.º n.º 3 CC. Acerca das consequências materiais da transferência inter-estadual de sede da sociedade, cfr. ALFERÉZ, Francisco J. Garcimantín, “La sentencia “Centros” del TJCE: una visión através de los comentarios”, *REEI* n.º 1, 2000, p.15, disponível em www.reei.org.

⁵⁰ No entanto, sendo evidente a localização da sede efectiva da sociedade noutro Estado, não será de excluir a aplicação a esta da lei de tal Estado, sobretudo quanto a assuntos internos, que não envolvam terceiros. Tal solução parece ser a que resulta da leitura conjugada do arts. 33.º n.º 1 CC e 3.º n.º 1, 2 e 3 CSC. A hipótese de transferência da sede estatutária não está prevista no CSC, embora seja defendida por alguns autores. Tal transferência implicaria, contudo, uma alteração da lei societária aplicável e da forma da sociedade. Cfr. SOUSA, António Frada de, “Company’s cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio”, *Jean Monnet Working Paper 07/09*, NYU School of Law, p. 11, disponível em www.JeanMonnetProgram.org.

⁵¹ Pelo menos não totalmente, se tivermos em conta que já existe essa possibilidade, em certos casos e mediante certas condições, para a Sociedade Europeia (cfr. arts. 7.º e 8.º do Regulamento n.º 2157/2001 (CE) do Conselho, de 08.10.2001, JO L294 de 10.11.2001 e que a Directiva n.º 2005/56/CE do Conselho, de 26.10.2005, JO L 310 de 25.11.2005, que facilita a mobilidade transfronteiriça das sociedades na EU permite, por via indirecta, certas transferências da sede das mesmas. Tal hipótese será abordada adiante.

Porém, há que atender à intervenção do TJ em relação às restrições de que temos vindo a falar. Na verdade, o TJ tem constatado a falta de justificação e de proporcionalidade de algumas dessas restrições, ditando a sua moderação e, em certos casos, proibição, para que o poder dos Estados neste âmbito se coadune melhor com a liberdade de estabelecimento.

Analisemos, de seguida, algumas restrições importantes impostas quer pelo Estado de acolhimento quer pelo Estado de origem e o exame jurisprudencial sobre as mesmas.

2. Direito de entrada

Da perspectiva do Estado de acolhimento há três decisões do TJ que merecem especial destaque: acórdãos *Centros*⁵², *Überseering*⁵³ e *Inspire Art*⁵⁴.

Apesar de os acórdãos *Centros* e *Inspire Art* não tratarem directamente de uma transferência de sede efectiva (ao contrário do que acontece em *Überseering*) mas da abertura de um estabelecimento secundário em Estado diverso do de estabelecimento principal, os efeitos pretendidos com as duas operações são semelhantes: o reconhecimento legal num certo Estado de uma sociedade constituída de acordo com as leis de outro (no qual se situa a uma sede estatutária). Por adoptarem a Teoria da sede efectiva, os Estados-Membros em causa não aceitavam a actuação de sociedades estrangeiras no seu território, onde se localizava a sua sede efectiva (ou a sucursal e toda a actividade económica da sociedade) mas não a estatutária. Não lhes reconheciam personalidade jurídica (e judiciária, no caso *Überseering*) e, nos casos *Centros* e *Inspire Art* pretendiam que as mesmas se submetessem à sua lei pessoal, nomeadamente no que respeita às exigências de capital social mínimo.

Ora, o TJ negou-lhes tais pretensões, considerando-as restrições injustificadas à liberdade de estabelecimento, protegida pelo TFUE. Assim, os Estados em causa tinham que reconhecer as sociedades validamente constituídas e existentes noutro Estado, permitindo-lhes o exercício da liberdade de estabelecimento e mantendo-se as mesmas

⁵² Ac. TJ de 09.09.1999, C- 212/97.

⁵³ Ac. TJ de 05.11.2002, C- 208/00.

⁵⁴ Ac. TJ de 30.09.2003, C- 167/01.

ao abrigo da lei pessoal do seu Estado de incorporação. Nestas decisões, o TJ não avaliou propriamente a conformidade das regras de conflito dos Estados com o Direito europeu, considerando incompatível com este a Teoria da sede efectiva. Contudo, é notório que certos corolários dessa teoria foram recusados à luz da liberdade de deslocação das sociedades.

Aqui, o tribunal defendeu uma concepção funcional e abrangente dos arts. 49.º e 52.º TFUE, consagrando a liberdade dos sócios de escolherem o regime societário mais favorável à sociedade que vão constituir, ainda que tal escolha envolva a constituição desta num determinado Estado com a única finalidade de beneficiar das regras societárias do mesmo, contornando, assim, as regras menos atractivas do Estado no qual desenvolve, em exclusivo, a sua actividade económica através de uma sucursal⁵⁵. De facto, de *Centros e Inspire Art*, pode-se concluir que o contorno de normas mais exigentes não é necessariamente sinónimo de abuso. Se tais normas não protegerem um valor de interesse geral merecedor de tutela (como considerou o TJ em relação ao capital mínimo⁵⁶), o contorno das mesmas não será abusivo nem impedirá a invocação e o exercício da liberdade de estabelecimento⁵⁷.

Nestas decisões, denota-se uma visão muito restrita do conceito de “abuso de direito”⁵⁸, tornando-se difícil descortinar que medidas anti-abuso podem ser tomadas pelos Estados para prevenir práticas fraudulentas e que sejam compatíveis com o direito da UE. De fato, a concepção alargada da liberdade de estabelecimento das sociedades (com todas as consequências daí decorrentes) apresentada nestes acórdãos colide com a proibição de abuso dessa mesma liberdade expressa em vasta jurisprudência do TJ, mormente no acórdão *Cadbury Schweppes*. Neste, o TJ identificou “abuso” com “expedientes puramente artificiais”, que não envolviam substância económica e tinham como único objectivo iludir a legislação normalmente aplicável⁵⁹. Afirmou-se a legitimidade dos Estados-Membros de adoptarem medidas de combate a tais práticas. Ora, em *Centros e Inspire Art*, a constituição no Reino Unido de uma sociedade que aí não possuía qualquer actividade económica real e apenas pretendia prevalecer-se da

⁵⁵ Neste sentido, cfr. §18 Ac. *Centros* e § 96 e 98 Ac. *Inspire Art*.

⁵⁶ Afirmando que o mesmo não protegia eficazmente os credores, cfr. §35-38 Ac. *Centros*.

⁵⁷ Cfr. SANCHES, J. L., *Os limites...*, cit., pp. 285 e ss.

⁵⁸ Sugerindo que a opção do TJ por esta visão restritiva pode basear-se numa justificação política de promoção da integração europeia através do incremento da concorrência legal societária, cfr. FERIA, Rita de la, “Prohibition...”, cit., pp.405-406.

⁵⁹ Cfr. §55 Ac. TJ de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C- 196/04.

legislação societária desse Estado, eludindo a do Estado onde desenvolvia toda a sua actividade, cai nitidamente no âmbito de abuso, tal como definido anteriormente. Tudo leva a crer que o TJ simplesmente ignorou esta operação, a qual envolvia a invocação da liberdade de estabelecimento primário, e concentrou-se na segunda operação de estabelecimento, a da constituição de uma sucursal, ao abrigo da liberdade de estabelecimento secundário⁶⁰.

Parece poder concluir-se que o TJ adopta critérios diferentes para o reconhecimento de abuso do direito europeu, conforme a área de direito em questão, se societária ou fiscal, sendo mais exigentes na primeira do que na última. Denota-se uma maior preocupação do TJ quanto à evasão fiscal abusiva em contraposição à evasão das normas societárias, reconhecendo aos Estados um poder concreto de protegerem os seus sistemas fiscais de abusos, através da invocação da liberdade de estabelecimento. Neste sentido, o TJ operou, no domínio fiscal, uma densificação⁶¹ do conceito de abuso face ao existente no domínio societário, que mais parece um “empty concept”⁶².

3. Direito de saída

A ampla liberdade de estabelecimento das sociedades europeias, reafirmada pelo TJ com a eliminação das restrições à entrada, contrasta nitidamente com a liberdade de estabelecimento relativamente circunscrita que as sociedades na prática possuem no momento de saída de um Estado. Analisemos a posição do TJ quanto aos obstáculos impostos pelo Estado de origem.

O caso *Daily Mail*⁶³ reporta-se à transferência da sede efectiva de uma sociedade residente no R.U. para os Países Baixos. Tal transferência foi recusada pelo Tesouro inglês, o qual submetia tal operação ao pagamento de imposto sobre as mais-valias latentes. A sociedade *Daily Mail* pretendia com essa operação furtar-se ao pagamento

⁶⁰ Neste sentido, cfr. SOUSA, António Frada de, “Company’s...”, p. 26-27 e EBKE, Werner F., “Centros – Some realities and some mysteries”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, 2000, pp. 631 e ss.

⁶¹ Ou uma “qualificação”, nas palavras do Advogado-Geral Phillipe LÉGER, no caso *Cadbury Schweppes* – cfr. §29 Conclusões de 02.05.2006.

⁶² Cfr. SOUSA, António Frada de, “Company’s...”, cit., p.23

⁶³ Ac. TJ de 27.09.1988, C-81/87.

de tal imposto⁶⁴, uma vez que à data, a legislação inglesa fazia coincidir o domicílio fiscal com o local da sede da administração. Para tal invocou a liberdade de estabelecimento. Tanto a lei societária inglesa como a holandesa não impediam a transferência da direcção efectiva da sociedade com a continuação da sua sujeição à lei inglesa. O TJ evitou o problema central do caso⁶⁵ – fraude à lei e impostos de saída – e optou (erradamente) por resolvê-lo como se a questão fosse a da compatibilidade entre as normas de conflito nacionais e a liberdade de estabelecimento, a qual não estava verdadeiramente em jogo.

O tribunal considerou que a questão de saber se uma sociedade constituída em conformidade com a lei de certo Estado, podia ou não deslocar a sua sede estatutária ou efectiva para outro Estado, deveria ser respondida pelas normas de conflito internas, não cabendo no âmbito dos arts. 49.º e 52.º TFUE e que a complexa relação entre aquelas normas e estas deveria ser resolvida por convenções entre os Estados ou pela via da harmonização, com base no art. 54.º n.º 2 g)⁶⁶.

Assim, o TJ adoptou a Teoria da questão prévia (*preliminary matter theory*)⁶⁷ e uma concepção demasiado restrita da liberdade de estabelecimento, autorizando os Estados a “matar” as sociedades quando quisessem atravessar a fronteira, o que indubitavelmente constitui a negação dos objectivos previstos com a consagração da liberdade fundamental.

A decisão neste caso pode ser justificada, em parte, pelo estágio embrionário de integração europeia em que ocorreu, no qual o Direito Internacional Privado ainda detinha uma forte imunidade em relação ao Direito da UE. No entanto, passados quase 20 anos o TJ assume em grande medida essa mesma posição, no caso *Cartesio*⁶⁸.

Neste, questionava-se a compatibilidade da recusa, sem qualquer justificação, das autoridades húngaras em registar a transferência da direcção efectiva de uma

⁶⁴ Na Holanda, a sociedade só ficaria sujeita a imposto sobre as mais-valias posteriores à transferência da sede - §7 Ac. *Daily Mail*.

⁶⁵ Distanciando-se da sugestão de resolução apontada pelo Advogado-Geral, DARMON: verificar se a pretendida transferência de sede envolvia uma efectiva integração na vida económica na Holanda.

⁶⁶ §14, 21 e 22 Ac. *Daily Mail*.

⁶⁷ De acordo com essa Teoria, as sociedades, ao contrário das pessoas singulares, “são entidades criadas por força de uma ordem jurídica” interna, a qual lhes determina a constituição e funcionamento (§19 Ac. *Daily Mail*). Os Estados-Membros têm competência para definir o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que seja considerada constituída em conformidade com o seu direito e para manter essa qualidade e assim, poder beneficiar da liberdade de estabelecimento.

⁶⁸ Ac. TJ de 16.12.2008, C-210/06.

sociedade constituída segundo o direito húngaro para a Itália com a liberdade de estabelecimento. À data dos factos, a Hungria seguia a Teoria da sede efectiva⁶⁹. O TJ começou por reiterar a Teoria da questão prévia que legitimava os Estados a submeterem a manutenção da personalidade jurídica das sociedades neles constituídas a restrições à transferência da sede⁷⁰. O TJ negligenciou as diferenças do caso relativamente ao *Daily Mail*, mormente a intenção da sociedade húngara de exercer efectivamente (sem abuso) a liberdade de estabelecimento e manteve a distinção entre direito de saída e direito de entrada, enunciada em *Überseering*⁷¹, como se a proibição de restrições à liberdade de estabelecimento só se direccionasse ao Estado de acolhimento.

Nesta medida, o Ac. *Cartesio* contradiz a visão abrangente de liberdade de estabelecimento defendida pelo TJ na jurisprudência que lhe antecede, nomeadamente no caso *SEVIC Systems*⁷², no qual considera que todas as medidas que permitam ou facilitem o acesso a outro Estado-Membro e o exercício de uma actividade económica nesse Estado nas mesmas condições que os operadores nacionais são abrangidas pela liberdade de estabelecimento⁷³. Paralelamente, várias decisões declararam a proibição tanto de restrições à entrada como à saída, no contexto desta liberdade⁷⁴. Além disso, a transferência de sede foi expressamente considerada uma forma de conduzir actividade noutro Estado-Membro⁷⁵, “um direito criado pelo direito comunitário”, cujo exercício “não pode, por si só, justificar a suspeita de abuso”⁷⁶. Assim, os Estados não podem determinar a dissolução das sociedades como consequência directa do exercício de uma forma de liberdade de estabelecimento primário⁷⁷.

O TJ, apesar de se basear na doutrina defendida em *Daily Mail*, introduziu-lhe algumas alterações que representam um progresso na criação de condições legislativas para o exercício da liberdade de estabelecimento, limitando o poder dos Estados de origem na regulação da operação de transferência da sede das sociedades. Assim, o TJ

⁶⁹ Não havia normas que regulassem a transferência de sede de sociedades para o exterior, sendo tal operação impossível, sem que as mesmas tivessem que se dissolver e reconstituir de novo noutro Estado.

⁷⁰ Cfr. §109 e 110 Ac. *Cartesio*.

⁷¹ Cfr. §70-73 Ac. *Überseering*.

⁷² Ac. TJ de 13.12.2005, *SEVIC Systems*, C-411/03.

⁷³ §18 Ac. *SEVIC Systems*.

⁷⁴ Cfr. §28 do Ac. TJ de 13.04.2000, *Baars*, C-251/98 e §42 Ac. TJ de 11.03.2004, *Hughes de Lasterye du Sailant*, C-9/02, §18 Ac. TJ de 15.04.2010, *CIBA*, C-96/08.

⁷⁵ Cfr. §31 Conclusões do Advogado-Geral Poiares MADURO de 22.05.2008, no caso *Cartesio*.

⁷⁶ Cfr. §32 Ac. TJ de 07.06.2007, *Comission/Helenic Republic*, C-178/05.

⁷⁷ Cfr. §31 Conclusões Advogado-Geral Poiares MADURO de 22.05.2008, no caso *Cartesio*.

distinguiu a situação de a sociedade querer transferir a sua sede efectiva, permanecendo sujeita à mesma lei que a regia até então, da situação em que a transferência de sede é acompanhada de uma alteração da lei societária⁷⁸. Na primeira situação, a consequência da transferência seria a perda de personalidade jurídica e a dissolução da entidade. Na segunda situação, o Estado de origem não podia impedir (salvo razões imperativas de interesse geral⁷⁹) a transferência da sede da sociedade que iria converter-se num tipo societário em conformidade com a lei do Estado de acolhimento, impondo-lhe a sua dissolução⁸⁰. A fundamentação de tal distinção é feita de modo bastante incoerente, no entanto, a distinção em si, mostra-se útil e benéfica para a implementação da liberdade de estabelecimento⁸¹.

Tendo em conta a evolução jurisprudencial em matéria de transferência de sede de sociedades, conclui-se que a mesma pauta-se por avanços e recuos, resultado da tentativa do TJ de encontrar um equilíbrio de interesses – liberdade de estabelecimento e normas societárias de conflitos – que parece inatingível em virtude da intrínseca oposição entre os mesmos⁸². Consequentemente, nenhum segmento das legislações nacionais está excluído do escrutínio da liberdade de estabelecimento. Depois de introduzir fortes limitações às restrições impostas pelo Estado de acolhimento, consagrando o princípio do reconhecimento mútuo das sociedades, o qual colide frontalmente com a Teoria da sede efectiva, o TJ recua na desconstrução desta teoria, mantendo-a intacta, em larga medida, na perspectiva do Estado de origem.

⁷⁸ Cfr. §111 Ac. *Cartesio*.

⁷⁹ Cfr. §113 Ac. *Cartesio*.

⁸⁰ A nossa legislação societária está conforme a solução apontada pelo TJ – cfr. art. 3.º n.º 4 e 5 CSC.

⁸¹ Demonstrando a incoerência da fundamentação do TJ, cfr. SOUSA, António Frada de, “Company’s...”, cit., pp.27-29. O autor defende que teria sido mais apropriado se o TJ tivesse seguido a solução do Advogado-Geral Póiares MADURO quanto à admissibilidade de medidas proibitivas da transferência da sede efectiva. De facto, reconhecendo essa operação como uma forma de liberdade de estabelecimento (§25 Conclusões), eventuais medidas restritivas à mesma só se justificariam “por motivos de interesse público, como o combate aos abusos ou condutas fraudulentas, ou a protecção de interesses, por exemplo de credores, accionistas minoritários, empregados, autoridades fiscais” (§32 Conclusões).

⁸² O §30 das Conclusões do Advogado-Geral Póiares MADURO explicita bem a tensão de interesses a gerir pelo TJ: por um lado, a liberdade dos Estados-Membros de escolha de um sistema normativo baseado na Teoria da incorporação ou na Teoria da sede efectiva, que o TJ respeita, dado o “estado actual do direito comunitário” e por outro lado, “o exercício efectivo da liberdade de estabelecimento” que implica “algum grau de reconhecimento mútuo e de cooperação entre os diversos sistemas normativos”, levando a que nenhuma teoria seja aplicada em todo o seu alcance.

A relação entre o Direito Europeu e o Direito internacional Privado deveria ser regulada, no entendimento do TJ no Ac. *Daily Mail*⁸³, por convenções ou directivas europeias. Mas, na verdade, tem sido definida pela jurisprudência do TJ, embora de modo fragmentário, existindo ainda questões por resolver, como a possibilidade ou não da transferência transfronteiriça da sede estatutária das sociedades. Além disso, ainda se assiste a divergência dos requisitos impostos pelos Estados-Membros para a transferência transfronteiriça da sede das sociedades do e para o seu território. Destarte, a harmonização europeia neste âmbito assume-se como uma necessidade premente.

É certo que a Directiva relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada⁸⁴ permite, indirectamente, a transferência da sede estatutária de uma sociedade de um Estado-Membro para outro, com alteração da lei societária que a rege, através da criação de uma subsidiária no Estado para o qual pretende transferir a sede e posterior fusão com a mesma. Se o Estado de acolhimento adoptar a Teoria da incorporação, a sociedade poderá até manter a sua sede efectiva no Estado onde se constituiu, transferindo apenas a sede estatutária.

O Estatuto da Sociedade Europeia⁸⁵ permite a transferência da sede estatutária da *Societas Europaea* (SE) de um Estado-Membro para outro, sem que isso implique “a dissolução da SE ou a criação de uma nova pessoa colectiva” – art. 8.º n.º 1 –, desde que seja também transferida a sede efectiva, uma vez que o art. 7.º impõe a localização no mesmo Estado dos dois tipos de sede⁸⁶. A transferência da sede da SE implica a alteração da lei nacional aplicável às matérias abrangidas pelo art. 9.º n.º 1, c), ii) e iii) do Estatuto.

A proposta de Regulamento do Conselho relativo ao Estatuto da Sociedade Privada Europeia⁸⁷ prevê a possibilidade de transferência da sede estatutária da *Societas Privata Europaea* (SPE) de um Estado-Membro para outro, com alteração da legislação nacional aplicável⁸⁸, sem necessidade de simultânea transferência da sede efectiva –

⁸³ Cfr. §21 e 22 Ac. *Daily Mail*.

⁸⁴ Directiva n.º 2005/56/CE do Conselho, de 26.10.2005, JO L310 de 25.11.2005.

⁸⁵ Regulamento n.º 2157/2001 (CE) do Conselho, de 08.10.2001, JO L294 de 10.11.2001.

⁸⁶ Quanto as sanções decorrentes da violação do art.7.º, cfr. art. 64.º do Estatuto.

⁸⁷ (COM/2008/396/final) de 25.06.2008.

⁸⁸ Cfr. art. 4.º e 35.º n.º 3 da Proposta de Regulamento.

art.º 7.º, segundo parágrafo e 35.º n.º 1. A transferência da sede estatutária não implica a dissolução, interrupção ou perda da personalidade da SPE⁸⁹.⁹⁰

No actual direito vigente, as hipóteses de transferência transfronteiriça da sede estatutária das sociedades ainda se mostram muito limitadas, pelo que seria útil e benéfico para a efectivação da liberdade de estabelecimento se se adoptasse a tão aguardada 14ª Directiva relativa ao direito das sociedades sobre a transferência transfronteiriça de sede estatutária das sociedades⁹¹. Com esta Directiva, seria possível a transferência directa da sede estatutária das sociedades, com alteração do regime societário aplicável (que passaria a ser o do Estado de acolhimento). Assim, evitar-se-iam encargos administrativos e custos associados à criação de uma subsidiária, tendo em vista a posterior fusão desta com a sociedade-mãe, cuja sede estatutária se pretende transferir ou à conversão de uma sociedade de responsabilidade limitada numa SE e eventual conversão desta, naquela, após a transferência da sede pretendida.

A transferência de sede ao abrigo da 14ª Directiva não implicaria a liquidação da sociedade nem a interrupção ou perda da sua personalidade⁹² e equipararia as sociedades já existentes às sociedades a constituir, no que se refere à faculdade de escolha da lei societária nacional mais atractiva⁹³.

A 14ª Directiva teria (e terá, caso seja finalmente aprovada) que definir as condições da transferência da sede estatutária, isto é, se a mesma é possível, em qualquer circunstância, sem a transferência cumulativa da sede efectiva (o que levaria ao afastamento da admissibilidade da Teoria da sede efectiva) ou se, pelo contrário, também é necessária a transferência da sede real, caso o Estado-Membro de

⁸⁹ Cfr. art.º 35.º n.º1, segundo parágrafo.

⁹⁰ Defendendo que a aprovação do Regulamento, nos termos descritos quanto à transferência da sede da SPE, poderá levar a uma alteração do Estatuto da SE, no sentido da não exigência de coincidência das sedes estatutária e efectiva no mesmo Estado-Membro, cfr. SOUSA, António Frada de, “Company’s...”, cit., pp. 64 e 70.

⁹¹ Em Outubro de 2007 a Comissão decidiu suspender os trabalhos de realização de uma proposta da Directiva – cfr. Discurso do Comissário Europeu Mr. Charlie McCreevy de 03.10.2007 (SPEECH/07/592). Todavia, o Parlamento insistiu na necessidade da sua realização, fazendo recomendações à Comissão nesse sentido – Resolução do Parlamento Europeu de 10.03.2009, que contém recomendações à Comissão sobre a transferência de sedes das empresas, P6_TA (2009)0086 (JO C 87 E, 01.04.2010, p. 5-9).

⁹² Cfr. Recomendação 1 do Anexo à Resolução do Parlamento Europeu, cit.

⁹³ Tal faculdade foi expressamente reconhecida às “start up companies”, na jurisprudência *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*. Vide *supra* Secção 2. deste Capítulo

acolhimento siga a Teoria da sede efectiva. Pensamos que o mais provável seja a opção pela segunda modalidade.

Em qualquer dos casos, a transferência de sede deverá corresponder ao exercício efectivo da liberdade de estabelecimento e não servir o propósito de contorno abusivo de normas, o que implica a implantação de uma realidade económica no Estado-Membro de acolhimento⁹⁴.

3.1. Imposto de saída (*Exit Tax*)

De entre os entraves fiscais que ocorrem aquando a transferência transfronteiriça da sede das sociedades, na UE, destaca-se o imposto de saída ou *exit tax*, o qual visa tributar os ganhos potenciais ou latentes relativos a elementos patrimoniais de certo sujeito passivo, quando se verifique a alteração da residência fiscal desse sujeito passivo, de forma a que o mesmo deixe de ser tributado pelo Estado de origem, pelo seu *world wide income*.

Este imposto existe na maioria dos Estados-Membros e desde 2006, também em Portugal⁹⁵. É um tipo tributário controverso, já que os moldes em que normalmente aparece consagrado colidem com o Direito Europeu, especificamente, com a liberdade de estabelecimento e, por vezes, com o Direito Tributário Internacional.

⁹⁴ Respeitando, assim, a jurisprudência consagrada em *Cadbury Schweppes*. Neste sentido, cfr. Recomendação 1 do Anexo à Resolução do Parlamento Europeu, cit., na parte em que refere: "...a transferência não deve contornar condições legais, sociais e fiscais." e SOUSA, António Frada de, "Company's...", pp.72 e ss. No entanto, face às decisões *Centros* e *Inspire Art*, é possível que o TJ venha a admitir a possibilidade de transferência da sede das sociedades com a finalidade de eludir disposições jurídico-societárias.

⁹⁵ O *exit tax* para as pessoas colectivas foi introduzido em Portugal através do art.º 64.º do Orçamento de Estado para 2006 (Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro). Até então, a transferência da sede das sociedades não era considerada um facto tributário, podendo tal ausência de tributação ser considerada uma lacuna da lei. Neste sentido, cfr. CÂMARA, Francisco de Sousa da, "A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação", in: Associação Portuguesa de Consultores Fiscais (org.), *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Lisboa, Fisco, 2003, pp. 259 -261. e CALDAS, António Castro, "A transferência de residência fiscal de sociedades em IRC", *Fiscalidade*, n.º 15, 2003, pp. 27-41.

Quanto a pessoas singulares, o art. 10.º n.º 8, 9 e 10 Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) prevê um imposto de saída, em certas circunstâncias (fusão, cisão ou permuta de partes sociais). Contudo, a admissibilidade da disposição parece estar totalmente posta em causa pela jurisprudência do TJ nesta matéria (a qual será abordada adiante).

Nesta secção iremos analisar sucintamente o quadro legal deste imposto no nosso sistema tributário, para podermos posteriormente averiguar a (in)conformidade do mesmo com a liberdade de estabelecimento. Destarte, para alcançarmos esse objectivo, impõe-se que num momento intermédio seja feita a análise da figura do imposto de saída, em termos abstractos, à luz da liberdade de estabelecimento.

3.1.1. Regime normativo vigente: arts. 83.º a 85.º CIRC

O imposto de saída para os sujeitos passivos de IRC encontra-se previsto nos arts. 83.º a 85.º CIRC. O legislador português introduziu tais disposições, pretensamente decorrentes da transposição da Directiva n.º 2005/19/CE⁹⁶. Tal Directiva proíbe a cobrança de imposto face às transferências de sede de SE e Sociedades Cooperativas Europeias (SCE), em determinadas circunstâncias⁹⁷. Através de uma interpretação *a contrario*, extensível a todos os sujeitos passivos de IRC, o legislador português estabeleceu o regime previsto nos mencionados artigos. Ora, a Directiva referida nunca pretendeu criar um novo imposto, daí que a criação do imposto de saída decorra unicamente da vontade do legislador, tendo em vista a salvaguarda do direito de tributação das mais-valias surgidas no âmbito da sua competência fiscal ilimitada.

Do art. 83.º n.º 1 CIRC resulta que o imposto em questão se aplica a todos os sujeitos passivos residentes em Portugal, incluindo as SE e SCE, que transfiram a sede e direcção efectiva para o exterior, em consequência da cessação da sua actividade em território nacional. Se se transferir apenas um desses elementos, o poder tributário do Estado Português sobre os rendimentos totais da entidade em causa não se alteraria, em virtude da permanência no território português de uma das conexões que dita a residência da entidade.

A formulação da disposição em questão revela a falta de atenção do legislador relativamente às consequências do art. 4.º n.º 3 da CM OCDE na repartição do poder tributário dos Estados. Na verdade, de acordo com essa norma, uma sociedade com dupla residência será considerada residente no Estado em que se situa a sua direcção

⁹⁶ Directiva n.º 2005/19/CE do Conselho, de 17.02.2005 que alterou a Directiva n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23.06.1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões e entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes.

⁹⁷ Cfr. Considerandos (5) e (6) da Directiva.

efectiva. Assim, sendo aplicável uma CDT do tipo CM OCDE, se a sede da sociedade se situar em Portugal e a direcção efectiva for transferida para outro Estado, o Estado Português deixa de ser o Estado de residência dessa sociedade e o seu poder tributário fica limitado aos rendimentos que, de acordo com essa CDT, possam ser tributados pelo Estado da fonte. A letra do art. 83.º n.º 1 CIRC não abrange tal hipótese, pelo que não ocorre a tributação à saída, aí prevista. No entanto, parece evidente que tal solução colide com o *rationale* da norma, pelo que se pode advogar que o mais correcto seria considerar que a expressão “sede e a direcção efectiva deixarem de se situar nesse território” deve ser lida como “a residência deixar de se situar nesse território”, de forma a abranger a situação *supra* referida⁹⁸. Em todo o caso, essencial para a aplicação do imposto de saída é que a par da transferência de residência ocorra a cessação da actividade. Ocorrendo apenas esta e não aquela, a sociedade é liquidada e são tributadas, legitimamente, as mais-valias latentes⁹⁹.

O imposto de saída aplica-se também ao estabelecimento estável de entidade não residente situado em território português, quando ocorra: a cessação da actividade nesse território ou a transferência, por qualquer título material ou jurídico, para fora desse território de elementos patrimoniais afectos ao estabelecimento estável. Com a previsão do art. 84.º CIRC visa-se a tributação de ganhos ocorridos no período em que o Estado Português tem poder tributário sobre os rendimentos imputáveis ao estabelecimento estável.

Os sócios da sociedade (excepto se se tratar de uma SE ou SCE – art. 85.º n.º 3 CIRC) que transfere a sede e direcção efectiva para fora do território português também são tributados, conforme prescreve o art. 85.º CIRC¹⁰⁰.

⁹⁸ Considerando que há ofensa ao princípio de igualdade tributária, caso a hipótese referida não seja abrangida pelo regime do art. 83.º CIRC, vide SIMÕES, Francisco Galdes, “ Emigração de Sociedades”, *Fiscalidade*, n.º 40, 2009, p. 61.

⁹⁹ Cfr. art. 8.º n.º 5 a), 79.º e 80.º CIRC.

¹⁰⁰ Contudo, parece que a tributação dos sócios se restringe aos que forem sociedades residentes. Excluem-se os sócios, pessoas singulares, em virtude da ausência de normas de incidência para o efeito no CIRS. Pela mesma razão se excluem as sociedades não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal, uma vez que, apesar de tributadas em IRC, a incidência real e a determinação da sua matéria colectável têm como referência os termos do CIRS (art. 3.º n.º 1 d), 15.º n.º 1 e 56.º n.º 1 CIRC). Além disso, do art. 4.º n.º 3 CIRC não resulta a identificação dos ganhos presumidos objecto de tributação à saída na esfera dos sócios com algum dos rendimentos considerados obtidos em Portugal, expressos em tal disposição. Neste sentido e mais detalhadamente, cfr. CALDAS, António Castro, “ O “Exit Tax” no Código do IRC”, *Fiscalidade*, n.º 34, 2008, pp.52-53.

O imposto de saída incide sobre as mais-valias latentes, que se obtêm pela subtracção do valor contabilístico dos elementos patrimoniais¹⁰¹ da sociedade ou do estabelecimento estável ao valor de mercado desses mesmos elementos, à data da cessação da actividade ou da transferência desses elementos para o exterior (no caso da b) do art. 84.º CIRC). Nestes termos, o regime deste imposto assenta numa ficção de realização integral do património líquido do sujeito a valores de mercado. A matéria colectável é determinada nos termos que seriam aplicáveis à transmissão onerosa dos elementos patrimoniais em causa (incluindo eventuais isenções e aplicação dos coeficientes de desvalorização monetária previstos no art. 47.º CIRC), sem que ocorra na verdade qualquer transmissão. Daí que este imposto corresponda a um tipo tributário autónomo.

O art. 83.º n.º 2 CIRC exclui da aplicação do *exit tax* os “elementos patrimoniais que permaneçam efectivamente afectos a um estabelecimento estável da mesma entidade e contribuam para o respectivo lucro tributável”, desde que sejam cumpridos os requisitos constantes do art. 74.º n.º 3 e 4 CIRC, numa lógica de continuidade e neutralidade. De facto, nesta situação, não há razão para impor um *exit tax*, pois os ganhos relativos aos elementos em causa continuam sujeitos ao poder tributário do Estado Português, depois da transferência de sede da sociedade, conforme as normas de Direito Internacional Tributário.

Os prejuízos fiscais apurados pela sociedade antes da cessação de actividade podem ser deduzidos ao lucro tributável imputável ao estabelecimento estável, desde que cumpridas as formalidades previstas no art. 15.º c) 1) CIRC¹⁰².

O art. 84.º n.º 5 encerra uma cláusula anti-abuso¹⁰³, que funciona como uma excepção à excepção *supra* referida, conduzindo à aplicação do imposto previsto no n.º 1 do art., de forma a evitar o abuso ou evasão fiscal. A cláusula anti-abuso remete para o art. 73.º n.º 10 CIRC, o qual, por sua vez, é decalcado do art. 15.º n.º 1 a) da Directiva n.º 1999/133/CE¹⁰⁴. Tal facto causa uma certa dificuldade na aplicação da cláusula no contexto de tributação à saída. Contudo, pensa-se que a mesma visa a aplicação do

¹⁰¹ Que podem ser os mais variados, como por ex., activos fixos tangíveis ou intangíveis, propriedades de investimento.

¹⁰² *Ex vi* Art. 84.º n.º 4 CIRC.

¹⁰³ A sua aplicação depende do procedimento previsto no art. 63.º do Código de Procedimento e Processo tributário.

¹⁰⁴ Directiva n.º 1999/133/CE do Conselho de 19.10.2009 que revoga a Directiva n.º 90/434/CEE, cit.

imposto de saída quando a deslocalização da sede da sociedade não prosseguir razões económicas válidas ou a manutenção de elementos patrimoniais no estabelecimento estável for artificial ou não se encontrar conexa com a actividade do mesmo.

3.1.2. Imposto de saída e Direito Europeu

A questão da compatibilidade da tributação à saída com o Direito europeu, particularmente com a liberdade de estabelecimento, só se coloca quando estamos perante a transferência de sede de uma sociedade de um Estado-Membro para outro e, cumulativamente, essa transferência não implica a perda da personalidade jurídica da sociedade e a sua dissolução¹⁰⁵. Só aí, pode a sociedade invocar a liberdade de estabelecimento para efeitos de impugnação da legalidade de um imposto à saída.

A compatibilidade da tributação à saída das pessoas singulares com a liberdade de estabelecimento já foi directamente avaliada pelo TJ, designadamente nos acórdãos *Lasterye du Sillant*¹⁰⁶ e *N*¹⁰⁷. Contrariamente, a compatibilidade da tributação à saída das pessoas colectivas com essa mesma liberdade só muito recentemente foi alvo de decisão jurisprudencial pelo TJ. Daí que, nos últimos anos muito se tenha especulado e escrito sobre tal questão¹⁰⁸. O Ac. *National Grid Indus*¹⁰⁹ forneceu, finalmente, respostas a tantas dúvidas.

A imposição de um imposto sobre mais-valias latentes por ocasião da transferência de domicílio/sede de uma pessoa de um Estado-Membro para outro constitui claramente uma restrição à liberdade de estabelecimento, dado que torna menos atractivo o exercício dessa forma de liberdade de estabelecimento primário. Paralelamente, não havendo tributação de mais-valias latentes se a transferência de

¹⁰⁵ Na secção 3. *Direito de saída* deste Capítulo tivemos oportunidade de ver em que situações podem os Estados-Membros impor a dissolução das sociedades constituídas de acordo com a sua legislação quando as mesmas pretendem transferir a sua sede para o exterior (em especial, vide p.24).

¹⁰⁶ Ac. TJ de 11.03.2004, *Hughes de Lasterye du Sillant*, C-9/02.

¹⁰⁷ Ac. TJ de 07.09.2006, *N*, C-470/04.

¹⁰⁸ Cfr., nomeadamente, PANAYI, Christiana, “Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 63, n.º 10, 2009, pp. 469-473; DOURADO, Ana Paula e PISTONE, Pasquale, “Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities”, *Intertax*, Vol. 37, issue 6/7, 2009, pp. 342-345.; SZUDOCKY, Rita, “How Does the European Court of Justice Treat Precedents in Case Law? *Cartesio* and *Damseau* from Different Perspective: Part I, *Intertax*, cit., pp.354-356; SCHNEEWEISS, Hermann, “Exit Taxation after *Cartesio*: The European Fundamental Freedom’s Impact on Taxing Migration Companies”, *Intertax*, cit., pp.367-374.

¹⁰⁹ Ac. TJ de 29.11.2011, *National Grid Indus*, C- 371/10.

domicílio/sede se realizar dentro do mesmo Estado¹¹⁰, ocorre uma diferença de tratamento que não se justifica por uma diferença de situação objectiva¹¹¹.

A tributação de mais-valias latentes ofende princípios elementares da tributação como o da capacidade contributiva e o da tributação das sociedades pelo lucro real. Assim sendo, o exit tax configura uma discriminação entre transferências de domicílio/sede internas e intra-europeias.

Restrições (ou discriminações) à liberdade de estabelecimento impostas pelos Estados de origem ou acolhimento são proibidas, de acordo com o art. 49.º TFUE. Tais restrições só são admissíveis se se justificarem por razões imperiosas de interesse geral e se forem adequadas e não ultrapassarem o necessário para garantir a realização de tais objectivos. O imposto de saída não pode visar, legitimamente, restringir a mobilidade das empresas, penalizando a sua deslocalização. Em geral, são aceites pelo TJ as seguintes justificações: combate à evasão fiscal, assegurar uma repartição equilibrada do poder tributário e assegurar uma supervisão fiscal efectiva.

Da análise da jurisprudência do TJ resulta que várias normas que previam um exit tax falhavam no teste da compatibilidade com a liberdade de estabelecimento precisamente no momento de averiguação da proporcionalidade das mesmas face aos seus objectivos. Ora vejamos.

Em *Lasterye du Sailant*, o TJ considerou que o exit tax francês sobre pessoas singulares era excessivo face ao alegado objectivo de combate à evasão fiscal, dado que o mesmo não se dirigia aos expedientes puramente artificiais que visavam o contorno da lei fiscal francesa, antes visando “qualquer situação em que um contribuinte que detém participações substanciais numa sociedade transfere, por qualquer razão, o seu domicílio para fora de França”¹¹². A transferência do domicílio/ de uma pessoa para outro Estado-Membro não pode gerar uma presunção geral de fraude fiscal¹¹³

Tendo em conta os objectivos de repartição equilibrada do poder tributário e de supervisão fiscal efectiva, o TJ decidiu que a imposição de cobrança imediata de

¹¹⁰ As mais-valias só serão tributadas quando e na medida em que tenham sido efectivamente realizadas. Cfr. art. 21.º n.º 1 b) CIRC.

¹¹¹ Cfr. §38 Ac. *National Grid Indus.*

¹¹² Cfr. §50 Ac. *Lasterye du Sailant*.

¹¹³ Cfr. §51 *Lasterye du Sailant* e §84 Ac. *National Grid Indus.*

imposto, aquando a transferência de domicílio/sede das pessoas para outro Estado-Membro é desproporcional (pode gerar uma *cash flow disadvantage*, uma vez que o sujeito ainda não dispõe efectivamente dos ganhos tributáveis¹¹⁴). O diferimento da cobrança de imposto para o momento da realização das mais-valias não deve estar condicionado a garantias administrativas ou financeiras excessivas¹¹⁵. Um imposto de saída não se torna admissível com a mera extinção da garantia exigida em violação do direito europeu¹¹⁶.

A cobrança diferida do imposto implica, contudo, certos encargos administrativos indispensáveis ao seguimento dos activos transferidos, como por ex., a exigência de uma declaração anual da sociedade, certificando a posse dos activos transferidos e uma declaração no momento da efectivação da cessão dos activos. A veracidade de tais declarações pode ser verificada através dos mecanismos de assistência mútua em matéria de cobrança de créditos, previstos na Directiva n.º 2008/55/CE do Conselho, de 26.05.2008¹¹⁷. Essa Directiva oferece ainda ao Estado-Membro de origem cooperação e assistência para cobrar efectivamente o crédito fiscal no Estado-Membro de acolhimento¹¹⁸. A sociedade deve ter a possibilidade de optar entre o pagamento imediato de imposto (que gera desvantagens em termos de tesouraria) ou o seu pagamento diferido (que implica encargos administrativos, que podem ser elevados, em certos casos), ponderando os custos de cada operação¹¹⁹.

No que tange à determinação do montante de imposto a cobrar, o TJ defendeu, no caso *N*, a necessidade de o Estado-Membro de origem ter em conta as menos-valias ocorridas depois da transferência do domicílio da pessoa singular, caso as mesmas não fossem relevadas pelo Estado-Membro de acolhimento¹²⁰. Só assim se evitaria uma *tax base disadvantage*, resultante do facto de o ganho efectivo ser inferior ao considerado no momento da saída.

¹¹⁴ Cfr. §68 Ac. *National Grid Indus.*

¹¹⁵ Cfr. §51 Ac. *N*.

¹¹⁶ Cfr. Conclusão 3) do Ac. *N*.

¹¹⁷ O art. 4.º n.º 1 da Directiva prevê a possibilidade de troca de informação entre os Estados-Membros que seja útil para a cobrança de um crédito. De salientar, que esta Directiva foi revogada pela Directiva n.º 2010/24/ Eu, do Conselho, de 16.03.2010. Contudo, a mesma só entrará em vigor a 01.01.2012.

¹¹⁸ § 66 e 78 Ac. *National Grid Indus.*

¹¹⁹ Cfr. §73 Ac. *National Grid Indus*

¹²⁰ §54 Ac. *N*.

Contrariamente, no caso *National Grid Indus*, o TJ decidiu pela admissibilidade da determinação definitiva do montante de imposto no momento da transferência da sede da sociedade para o exterior, sem serem levadas em conta as menos-valias ou as mais-valias susceptíveis de serem realizadas posteriormente. Tal posição é fundamentada da seguinte forma: dado o nexo existente entre os activos de uma sociedade e os seus lucros tributáveis – os primeiros são afectados às actividades destinadas a gerar os segundos – cabe em princípio, ao Estado-Membro de acolhimento, levar em conta, no momento da realização dos activos da empresa, as mais-valias e menos-valias geradas sobre esses activos após a transferência da sede desta. Caso não ocorra tal consideração pelo Estado-Membro de acolhimento, não fica a isso obrigado o Estado-membro de origem, reavaliando a determinação da dívida fiscal feita anteriormente.

Concordamos com o TJ quanto a este ponto, já que é jurisprudência assente que devido às disparidades entre as legislações dos vários Estados-Membros, o Direito Europeu não garante que a transferência de sede de uma sociedade para outro Estado-Membro seja neutra em termos fiscais. Um Estado-Membro não é obrigado a estabelecer as suas normas fiscais em função das de outro Estado-Membro, a fim de garantir a eliminação de todas as disparidades das legislações nacionais¹²¹.

A repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros pode justificar a tributação das mais-valias latentes surgidas no âmbito da competência fiscal de um Estado-Membro, em conformidade com o princípio da territorialidade fiscal, associado a um elemento temporal. As mais-valias geradas depois da transferência da sede da sociedade são tributáveis apenas pelo Estado de acolhimento¹²². No entanto, dada a falta de harmonização nesta matéria, pode acontecer que o Estado-Membro de acolhimento não reconheça o valor de mercado dos activos na data da entrada no seu território como valor de aquisição dos mesmos, para efeitos de determinação das mais-valias no momento da sua realização. Mantendo-se inalterado o valor de aquisição dos activos ocorrerá uma *double tax disadvantage*. Para evitar tal situação é necessário que o Estado-Membro de acolhimento tenha em conta o imposto devido a outro Estado sobre as mais-valias geradas no território deste último, enquanto aí era residente, de forma a tributar apenas os ganhos efectivamente ocorridos no seu território, durante o

¹²¹ §56.64 Ac. *National Grid Indus*.

¹²² §43, 46 e 47 Ac. *National Grid Indus*

período em que a sociedade aí residiu¹²³. Assim, afigura-se fundamental que se promova a coordenação das legislações nacionais, de forma a eliminar a dupla tributação nesta área.

A Comissão Europeia, na sua Comunicação COM (2006) 825, de 19.12.2006 convidou os Estados-Membros a articular as suas legislações internas no que diz respeito às situações de dupla tributação e dupla não tributação causadas pela falta de harmonia das referidas legislações em matéria de impostos de saída. A tal Comunicação seguiram-se vários pareceres fundamentados dirigidos a diversos Estados-Membros, incluindo Portugal¹²⁴. Perante a inacção do Estado Português, a Comissão intentou contra ele uma acção junto do TJ em 22.01.2010¹²⁵.

3.1.3. Conformidade do imposto de saída português com o Direito Europeu

Tendo em conta o que foi dito na secção anterior, parece evidente que o regime do imposto de saída vigente em Portugal consubstancia uma forte violação da liberdade de estabelecimento, sendo fundamental a sua alteração.

O mesmo constitui uma restrição discriminatória, já que trata mais favoravelmente as sociedades que mantêm a sua sede e/ou direcção efectiva no território português (não há lugar a qualquer tributação sobre mais-valias latentes) do que aquelas que pretendem exercer a sua liberdade de estabelecimento, transferindo a sua sede e direcção efectiva para outro Estado-Membro (as mais-valias potenciais são incluídas na base tributária do ano da transferência). Esse tratamento diferenciado é susceptível de dissuadir as sociedades de exercerem algumas faculdades da sua liberdade de estabelecimento.

Ainda que se considere que o regime do imposto de saída prossegue objectivos válidos, como a luta contra a fraude fiscal e repartição equilibrada do poder de

¹²³ Neste sentido, cfr. HURK, Hans e KORVING, Jasper, “The ECJ’s Judgement in the *N* Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 61, n.º 4, 2007, pp. 155-157.

¹²⁴ Parecer fundamentado de 27.11.2008, n.º referência 2007/2365, no qual a Comissão ordenou a Portugal a modificação da sua legislação sobre imposto de saída.

¹²⁵ Processo C- 38/10.

tributação entre os Estados-Membros, o mesmo mostra-se manifestamente desproporcional.

De facto, impõe-se a cobrança imediata de imposto sobre mais-valias latentes no momento da cessação da actividade, sem que haja qualquer possibilidade, condicional ou não, de diferimento do pagamento do imposto.

O regime do imposto de saída não prevê a consideração dos ganhos eventuais ocorridos depois da transferência da sede da sociedade. Contudo, tal como exposto supra, tal facto não torna inadequado o imposto em causa.

Mostra-se imperativo é que o regime seja alterado de forma a permitir a escolha pela sociedade em causa do momento em que procede ao pagamento do imposto: se imediatamente aquando a transferência da sua sede, se posteriormente, aquando a realização efectiva dos activos transmitidos para o exterior.

Desta forma, assegurar-se-ia a efectivação do poder tributário do Estado Português sobre os ganhos ocorridos durante o período de residência da sociedade no seu território e a luta contra a fraude fiscal, a par da supervisão efectiva, utilizando os instrumentos que permitem a troca de informação entre os Estados-Membros e de assistência mútua na cobrança de créditos.

Acresce que a incompatibilidade da liberdade de estabelecimento com o regime do imposto de saída manifesta-se também ao nível da tributação dos sócios, sendo os mesmos tratados de forma diferente conforme a sociedade residente na qual detêm participações sócias transfira a sua residência para o exterior ou se mantenha sob a jurisdição fiscal portuguesa. Incidindo sobre eles um imposto de saída, o mesmo tem que ser pago imediatamente, sem possibilidade de diferimento, num momento em que os ganhos que lhes são tributados ainda não estão à sua disposição.

Além disso, a solução de tributação dos sócios é difícil de entender, já que sendo os mesmos residentes em território português, o poder tributário do Estado sobre eles não se altera em nada com a transferência transfronteiriça da sociedade, em cujo capital participam, podendo continuar a tributar de igual modo as mais-valias relativas às respectivas partes sociais. Nestes termos, a antecipação da tributação não se justifica por

razões de repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros ou pela necessidade de assegurar a supervisão efectiva sobre os ganhos a tributar.

O regime vigente de tributação à saída dos sócios viola frontalmente os princípios da capacidade contributiva e da tributação pelo lucro real, suscitando-se dúvidas acerca da sua constitucionalidade¹²⁶.

¹²⁶ Neste sentido, cfr. CALDAS, António Castro, “O “Exit Tax...””, cit. p. 51.

Conclusões

1 – A liberdade de estabelecimento das sociedades, consagrada nos arts. 49.º e 54.º TFUE abrange uma multiplicidade de direitos e faculdades para além dos expressamente previsto nesses artigos, sendo o seu conteúdo, determinado essencialmente pela jurisprudência do TJ.

2 – São proibidos os entraves não só à constituição, mas também ao exercício da actividade de empresas, sucursais, filiais, criados tanto pelo Estado de acolhimento (Estado de estabelecimento) como pelo Estado de origem dos sujeitos titulares da liberdade.

3 – A liberdade de estabelecimento assume um papel fundamental na construção do mercado interno, visando a interpenetração económica e social no interior da EU, no domínio das actividades assalariadas.

4 – Apesar de não revestir directamente um conteúdo tributário, a densificação da liberdade de estabelecimento tem um impacto profundo nas legislações tributárias nacionais, quando estas restringem os direitos abrangidos naquela.

5 – As diversas faculdades consagradas pela liberdade de estabelecimento devem ser tidas em conta na elaboração do planeamento fiscal, não podendo, no entanto, servir propósitos de evasão fiscal ou abuso, de forma a eludir a norma tributária interna, em princípio aplicável.

6 – Para a clarificação dos limites do planeamento fiscal feito com base na liberdade de estabelecimento é necessário que os Estados-Membros procedam a uma revisão das suas normas internas, no sentido da sua conciliação com as orientações jurisprudenciais do TJ em matéria de liberdade de estabelecimento.

7 – O local de residência das sociedades é tão importante em termos de planeamento fiscal, pois em grande parte dos sistemas tributários europeus, a conexão residência aparece associada ao princípio da universalidade (*world-wide-income principle*), o qual consagra a tributação ilimitada dos rendimentos do sujeito passivo.

8 – As sociedades que beneficiam da liberdade de estabelecimento têm a faculdade de escolher o local de início e de continuação da sua actividade, sendo a

transferência transfronteiriça da sua sede uma decorrência da liberdade de estabelecimento.

9 – À transferência de sede de sociedades na EU podem opor-se obstáculos de natureza societária, em virtude das diferentes teorias adoptadas pelos Estados-Membros quanto ao factor de conexão das sociedades à sua legislação.

10 – Os entraves legitimamente impostos pelo Estado de acolhimento parecem menores que os entraves que podem ser impostos pelo Estado de origem. Contudo, sendo proibidas pelo TFUE, as restrições à entrada e à saída, torna-se imperioso que se eliminem tais restrições, tarefa que tem sido levada a cabo, essencialmente, pela jurisprudência do TJ mas que deve também ser feita através da progressiva harmonização na área societária.

11 – O imposto de saída, enquanto obstáculo fiscal à transferência de sede de sociedades, consiste numa restrição/discriminação fiscal à liberdade fundamental de estabelecimento.

12 – Tal imposto, previsto em grande parte dos Estados-Membros, assenta num regime, as mais das vezes, incompatível com o Direito Europeu, já que, embora possa apresentar justificações válidas, é desproporcional e excede o necessário da atingir os fins visados.

13 – Um imposto de saída, como o previsto nos arts. 83.º a 85.º CIRC, é manifestamente desconforme com a liberdade de estabelecimento, pois cria um tratamento diferenciado entre sociedades que transferem a sua sede para outro Estado-Membro e as que transferem a sua sede no interior do mesmo Estado-Membro, violando o princípio da capacidade contributiva

14 – A tributação à saída não pode impor o pagamento de imposto imediatamente, aquando a transferência de sede da sociedade para o exterior ou a cessação da actividade do estabelecimento estável de sociedade não residente.

15 – Deve, por tais razões, ser alterado o regime o imposto de saída vigente em Portugal.

16 – Os Estados-membros devem esforçar-se por coordenar os seus sistemas de tributação à saída de forma a ser eliminada a dupla tributação decorrente da divergência de legislações nesse aspecto.

Bibliografia

ALFERÉZ, Francisco J. Garcimantín, “ La sentencia “Centros” del TJCE: una visión através de los comentarios”, *REEI* n.º 1, 2000.

CALDAS, António Castro, “A transferência de residência fiscal de sociedades em IRC”, *Fiscalidade*, n.º 15, 2003.

– “ O “Exit Tax” no Código do IRC”, *Fiscalidade*, n.º 34, 2008.

CÂMARA, Francisco de Sousa da, “ A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação”, in: Associação Portuguesa de Consultores Fiscais (org.), *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Lisboa, Fisco, 2003.

DOURADO, Ana Paula e PISTONE, Pasquale, “Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities”, *Intertax*, Vol. 37, issue 6/7, 2009.

EBKE, Werner F., “Centros – Some realities and some mysteries”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, 2000.

FERIA, Rita de la, “Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax”, *Common Market Law Review*.

HURK, Hans e KORVING, Jasper, “The ECJ’s Judgement in the *N* Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 61, n.º 4, 2007.

Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património - Versão Condensada - Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 197.

MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado: Controlled Foreign Companies, O art. 60.º do C.I.R.C.*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2005.

NOGUEIRA, João Félix, “Abuso de Direito em Fiscalidade Directa: A Emergência de Um Novo Operador Jurisprudencial Comunitário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009.

– *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade – a proporcionalidade como critério central de compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

– “Comentario a los artículos sobre la “Libertad de Establecimiento” en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, *in*: Juan Lopez Rodriguez (coord.), *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario*”, 2011.

PANAYI, Christiana, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths”, *Yearbook of European Law*, vol. 28, 2009.

– “Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 63, n.º 10, 2009, pp. 469-473;

SANCHES, J. L., *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

SCHNEEWEISS, Hermann, “Exit Taxation after *Cartesio*: The European Fundamental Freedom’s Impact on Taxing Migration Companies”, *Intertax*, Vol. 37, issue 6/7, 2009

SIMÕES, Francisco Geraldes, “Emigração de Sociedades”, *Fiscalidade*, n.º 40, 2009.

SOUSA, António Frada de, “Company’s cross-border transfer of seat in the EU after *Cartesio*”, *Jean Monnet Working Paper 07/09*, NYU School of Law.

SZUDOCKY, Rita, “How Does the European Court of Justice Treat Precedents in Case Law? *Cartesio* and *Damseau* from Different Perspective: Part I”, *Intertax*, Vol. 37, issue 6/7, 2009.

VINTHER, Nikolaj e WERLAUFF, Erik, “Tax Motives are Legal Motives – The Borderline between the Use and Abuse of the Freedom of Establishment with Reference to the *Cadbury Schweppes Case*”, *European Taxation*, Vol. 46, n.º 8, 2006.